

Annotatie

CBb stelt grenzen aan alles-in-één-hand stelsel

Mr. B.H.J. Braeken*

Bij uitspraak van 30 augustus 2011¹ bevestigt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 28 april 2009² waarin de rechtbank oordeelde dat de NMa de verplichting tot functiescheiding zoals bedoeld in artikel 54a Mw had geschonden. Het CBb overweegt dat de verplichting tot functiescheiding ertoe strekt te verzekeren dat de beslissing om al dan niet een boete op te leggen objectief en onbevooroordeeld plaatsvindt. Volgens het CBb had de NMa zich in de onderhavige zaak niet van die verplichting gekweten. De Juridische Dienst van de NMa had namelijk voorafgaand aan het primaire besluit bij een derde partij feitelijke informatie opgevraagd. Het opvragen van dergelijke informatie kwalificeert als een onderzoekshandeling en is voorbehouden aan de daartoe aangewezen ambtenaren van de NMa. Het CBb overweegt dat binnen het in de Mededingingswet voorziene alles-in-één-hand stelsel de verplichting tot functiescheiding van fundamentele betekenis is. Het CBb verbindt daaraan vervolgens de conclusie dat niet alleen het procedureel incorrect verkregen bewijsmateriaal moet worden uitgesloten, maar dat de 'smet' van dit bewijsmateriaal ook kleeft aan de waardering van het reeds in de onderzoeksfase verkregen bewijsmateriaal.

Feiten

De in deze annotatie besproken uitspraak van het CBb voert terug tot een van de besluiten van de NMa in het

kader van de bouwfraude. De lezer van dit blad wordt bekend verondersteld met de achtergrond van de mededingingsproblematiek in deze sector.

Startpunt voor de onderhavige procedure vormt het rapport van de NMa van 25 april 2005 betreffende kartelgedragingen in de installatiesector.³ In dit rapport komt de NMa tot de conclusie dat

'(...) de Deelnemende ondernemingen, in elk geval in de periode van januari 1998 tot en met december 2001 op structurele basis in wisselende samenstelling deel hebben genomen aan overleggen voorafgaande aan de inschrijvingen op aanbestedingen van installatiewerken in Nederland'.⁴

De deelnemende ondernemingen zijn de (rechts)personen aan wie de overtreding kan worden toegerekend. Zij worden gedefinieerd in een vertrouwelijke bijlage bij het rapport. Uit het primaire besluit van de NMa van 31 augustus 2006⁵ kan worden opgemaakt dat het installatiebedrijf ETB Vos⁶ een van de in het rapport bedoelde deelnemende ondernemingen is.

In voornoemd besluit van 31 augustus 2006 baseert de NMa de deelname van ETB Vos op verklaringen van ETB Vos zelf alsmede op bewijsstukken omtrent twee projecten.

Naar aanleiding van uitlatingen van ETB Vos tijdens een hoorzitting (en dus voorafgaand aan het primaire

3. NMa, rapport van 25 april 2005, nr. 3150/1188.R102.
4. Rapport, randnr. 3.
5. NMa, besluit van 31 augustus 2006, nr. 4897/46.BT811.
6. In de uitspraak van het CBb is zowel de naam van de beboete onderneming als haar plaats van vestiging geanonimiseerd. Aangezien zowel in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam als in de onderliggende besluiten van de NMa wél steevast de naam van de onderneming genoemd wordt, zal, mede met het oog op de leesbaarheid, in deze annotatie ook van de naam ETB Vos worden uitgegaan.

* Mr. B.H.J. Braeken is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. LJN BR6737.
2. LJN BI3337.

besluit) vraagt de Juridische Dienst van de NMa schriftelijk informatie op bij de Stichting Marktwerking Installatietechniek (voorheen: Stichting Aanbestedingsvraagstukken Installatietechniek, hierna ook: Savi). Bij brief van 8 juni 2006 legt de Juridische Dienst de aldus verkregen informatie voor aan ETB Vos die hier vervolgens bij brief van 13 juni 2006 op reageert.

ETB Vos betwist te hebben deelgenomen aan het systeem van vooroverleg. De NMa wuift in haar besluit de beweringen van ETB Vos grotendeels weg en concludeert dat ETB Vos heeft deelgenomen aan het systeem van vooroverleg en aldus in strijd heeft gehandeld met artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU. Daarvoor legt de NMa bij besluit van 31 augustus 2006 een boete op van 356.157 euro. Tegen dit besluit stelt ETB Vos bezwaar in. Naar aanleiding van de door ETB tegen dit besluit ingebrachte bezwaren verlaagt de NMa bij beslissing op bezwaar van 1 oktober 2007⁷ de boete naar 191.665 euro.

Procedure bij Rechtbank Rotterdam

In haar beroep tegen de beslissing op bezwaar richt ETB Vos haar pijlen tegen de actieve informatievergaring door de Juridische Dienst voorafgaand aan het primaire besluit. Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 28 april 2009⁸ blijkt dat ETB Vos zich in de beroepsfase op het standpunt heeft gesteld dat de NMa 'met deze handelwijze heeft nagelaten een behoorlijk en controleerbaar onderscheid te maken tussen de fase waarin onderzoek is gedaan en de fase waarin de hoogte van de sanctie is bepaald'. Onder verwijzing naar artikel 54a Mw⁹ overweegt de rechtbank voorts dat deze bepaling ertoe strekt een feitelijke scheiding binnen de mededingingsautoriteit te creëren tussen ambtenaren die het onderzoek doen en ambtenaren die verantwoordelijk zijn voor de verdere voorbereiding en het concipiëren van de sanctiebeschikking. De NMa brengt hier tegen in dat de vragen die de Juridische Dienst voorafgaand aan het primaire besluit heeft gesteld, uitsluitend ter verificatie dienden van de informatie die ETB Vos heeft verstrekt. Aangezien ETB Vos in de gelegenheid is gesteld hierop te reageren, meent de NMa dat zij juist zorgvuldig heeft gehandeld. Ook wijst de NMa erop dat, geheel in overeenstemming met artikel 54a Mw, de personen die betrokken zijn geweest bij de sanctionering, niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het boeterapport.

De rechtbank verwerpt dit verweer. De rechtbank betreft daarbij in haar overwegingen de omstandigheid dat de Juridische Dienst informatie heeft verzocht over twee specifieke projecten. Ook blijkt uit zowel het primaire besluit als de beslissing op bezwaar dat de verkregen informatie is gebruikt als bewijsmiddel. In het licht hiervan concludeert de rechtbank dat de Juridische

Dienst 'onderzoek heeft verricht dat feitelijk gericht is geweest op het vaststellen van de overtreding en dat had op grond van de in artikel 54a van de Mededingingswet neergelegde verplichting tot scheiding tussen onderzoek en toezicht niet gemogen.' De rechtbank verbindt hieraan de conclusie dat het overzicht dat de NMa van Savi heeft ontvangen niet mag worden gebruikt als bewijs van deelname van eiseres aan de overtreding. Aangezien het overige bewijsmateriaal niet voldoende is om de overtreding te bewijzen concludeert de rechtbank, tot slot, dat niet is vast komen te staan dat ETB Vos artikel 6 lid 1 Mw dan wel artikel 101 lid 1 VWEU heeft overtreden, zodat de NMa niet bevoegd was een boete op te leggen.

Procedure bij het CBb

De NMa kan zich niet verenigen met de uitspraak van de rechtbank en stelt daartegen hoger beroep in. In hoger beroep gaat de discussie nog uitsluitend over de uitleg van artikel 54a Mw. In zijn uitspraak overweegt het CBb allereerst dat de Juridische Dienst niet betrokken is geweest bij het onderzoek en de opstelling van het rapport met betrekking tot kartelgedragingen in de installatiesector. Het CBb overweegt vervolgens dat aangezien de Juridische Dienst 'niet betrokken is geweest bij het onderzoek dat heeft geleid tot de opstelling van het rapport, bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw, en evenmin bij de opstelling van het rapport zelf, [...] artikel 54a Mw niet om deze reden [is] geschon- den.'¹⁰

Vervolgens gaat het CBb na of uit artikel 54a Mw volgt dat personen die werkzaamheden verrichten in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61 en 62 Mw geen werkzaamheden mogen verrichten die zien op hetgeen uiteindelijk in het rapport moet zijn opgenomen. Het CBb gaat daarvoor eerst in op de bedoeling van de wetgever. Onder verwijzing naar de wetgeschiedenis van de Mededingingswet stelt het CBb vast dat de wetgever een formele scheiding van toezicht en onderzoek aan de ene kant en het opleggen van sancties aan de andere kant niet nodig of wenselijk heeft geacht. Anderzijds heeft de wetgever ter bevordering van de objectiviteit van de besluitvorming met deze gebodsbepaling wel 'een zekere feitelijke distantie tussen deze activiteiten' nagestreefd.¹¹ Hieruit leidt het CBb af dat de wetgever met het voorschrift van artikel 54a Mw heeft beoogd tot uitdrukking te brengen dat de beslissing omtrent het – al dan niet – opleggen van een boete 'objectief en onbevooroordeeld' dient plaats te vinden. Ter bevordering daarvan heeft de wetgever voorgeschreven dat de werkzaamheden die leiden tot het opstellen van het rapport als bedoeld in artikel 59 Mw en de werkzaamheden die leiden tot de beschikking waarbij een boete of last wordt opgelegd door afzonderlijke afdelingen van de mededingingsautoriteit worden verricht.

Het CBb verbindt hieraan de conclusie dat de objectiviteit en onpartijdigheid vergen dat personen die werk-

7. Besluit van 1 oktober 2007, zaaknummer 4897/72.

8. LJN BI3337.

9. Art. 54 luidde ten tijde van het primaire besluit: 'De werkzaamheden in verband met de uitvoering van de artikelen 60, 61, 62, 78 en 79 worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het in artikel 59, eerste lid, onderscheidenlijk 77, eerste lid, bedoelde rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek.'

10. R.o. 5.2.

11. R.o. 5.4.

zaamheden verrichten die leiden tot de oplegging van een boetebeschikking niet zelf onderzoek plegen naar de feiten en omstandigheden. Dit sluit volgens het CBb echter niet uit dat indien de feiten en omstandigheden die worden vermeld in het rapport onvoldoende zouden zijn om met een objectieve en onbevooroordeelde beoordeling tot de conclusie te komen dat een overtreding is begaan, opnieuw onderzoek wordt verricht en een aanvullend rapport wordt opgesteld.

Na deze algemenere overwegingen over de uitleg van artikel 54a Mw beoordeelt het CBb of het verzoek van de Juridische Dienst aan Savi tot het verstrekken van informatie met betrekking tot twee specifieke projecten, moet worden gekwalificeerd als het verrichten van (nader) onderzoek. Om die beoordeling te maken grijpt het CBb terug naar de definitie van het begrip ‘onderzoek’. Artikel 1 sub k Mw definieert onderzoek als ‘handelingen die erop zijn gericht vast te stellen of al dan niet sprake is van een overtreding’. Het CBb concludeert dat het informatieverzoek van de NMa aan Savi als een dergelijke handeling valt te kwalificeren zodat vaststaat dat de NMa artikel 54a Mw heeft geschonden.¹² Aan die conclusie doet volgens het CBb niet af de bewering van de NMa dat zij uitsluitend heeft beoogd de stellingen van ETB Vos uit oogpunt van zorgvuldigheid te controleren.¹³

Dan komt het CBb toe aan de vraag wat de consequenties zijn van het vorengaande. Het CBb oordeelt dat binnen het in de Mededingingswet voorziene systeem van bestuurlijke handhaving, waarbij opsporing en berechting in één hand zijn gehouden, het beginsel van functiescheiding van fundamentele betekenis is.¹⁴ Naar het oordeel van het CBb heeft de NMa ‘de aan zijn besluitvorming te stellen eisen van objectiviteit en onbevooroordeeldheid uit het oog verloren.’ Daardoor heeft de NMa ‘de schijn van vooringenomenheid op zich (...) geladen.’ Het CBb trekt hieruit de conclusie dat de negatieve invloed daarvan niet beperkt blijft ‘tot louter het procedureel incorrect vergaarde bewijsmateriaal maar [dat] die smet tevens [kleeft] aan de waardering van het reeds in de onderzoeksfase ten aanzien van ETB Vos vergaarde bewijsmateriaal.’ Het CBb bevestigt om die reden de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, zij het met verbetering van de gronden.

Opmerkingen

In bovenvermelde uitspraak stuit de NMa op de grenzen van het zogeheten ‘alles-in-één-hand stelsel’. Dit stelsel houdt in dat de NMa belast is met zowel opsporing, vervolging als bestraffing van overtredingen van de Mededingingswet. Met name vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en slagvaardigheid van het mededingingsbeleid heeft de wetgever ervoor gekozen om verschillende uitvoeringstaken zoveel mogelijk in één hand

te houden.¹⁵ Om niettemin de objectiviteit van de besluitvorming te waarborgen, heeft de wetgever het noodzakelijk geacht een feitelijke scheiding aan te brengen in de werkzaamheden in verband met enerzijds het nemen van het besluit en het eventueel opleggen van een boete en anderzijds het opstellen van het rapport. Deze feitelijke scheiding wordt ook aangeduid als functiescheiding en is vastgelegd in artikel 54a Mw.¹⁶

Funcitiescheiding

Het is niet de eerste keer dat een toezichthouder de verstrekkende gevolgen ervaart van het schenden van het gebod op functiescheiding. Bekend is de uitspraak van het CBb van 9 februari 2006 waarin centraal stond een besluit van de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE), de voorganger van de AFM.¹⁷ In dat besluit had de STE een boete opgelegd aan Fortis Bank (Nederland) B.V. Het CBb boog zich over de uitleg van artikel 48l van de ten tijde van het beroepen besluit vigerende Wet toezicht effectenverkeer (Wte). Dat artikel bepaalt, geparafraseerd, dat werkzaamheden in verband met het opleggen van (onder meer) een boete moeten worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek. Volgens Fortis had de STE artikel 48l Wte overtreden aangezien een toenmalig bestuurslid van de STE intensief betrokken was geweest bij zowel het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek als bij het opleggen van de boete. De STE meende dat dit niet het geval was en wees erop dat de uiteindelijke beslissing of al dan niet sprake is van een overtreding en, zo ja, of daarvoor een boete wordt opgelegd, steeds de bevoegdheid is van de raad van bestuur. Het CBb verwierp dit verweer en wees erop dat het bijeenkomen van de vraag of een overtreding is begaan en, zo ja, of daarvoor een boete moet worden opgelegd ‘op zich niet in de weg [staat] aan een objectieve en onbevooroordeelde besluitvorming in de raad van bestuur.’ Volgens het CBb is dat echter anders

‘indien en voorzover individuele leden van de raad van bestuur zodanig intensief bij het onderzoek betrokken zijn geweest dat niet kan worden uitgesloten dat deze betrokkenheid het betreffende lid of die leden van de raad van bestuur zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van of lacunes in het feitensubstraat’.

Volgens het CBb was daarvan in deze zaak sprake zodat vaststond dat artikel 48l Wte was geschonden.

Een aanverwante zaak over functiescheiding op bestuursniveau betreft de (zeer recente) uitspraak van

12. R.o. 5.6.

13. R.o. 5.7.

14. R.o. 5.8.

15. *Kamerstukken II 1995/96*, 24 707, nr. 3, p. 50.

16. Met ingang van 1 juli 2009 is de tekst van art. 54a Mw beperkt gewijzigd. De tekst luidt thans als volgt: ‘De werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het in art. 59, eerste lid, onderscheidenlijk 77, eerste lid, bedoelde rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek.’

17. LJN AV2682, onder meer gepubliceerd in *AB 2006*, 292, *JB 2006*, 101.

het CBb in het zogeheten fietsenkartel.¹⁸ Giant had zich in deze zaak op het standpunt gesteld dat de directeur-generaal van de NMa in strijd had gehandeld met artikel 54a Mw¹⁹ en het verbod op vooringenomenheid.²⁰ Die vooringenomenheid bestond er voor Giant uit dat de directeur-generaal niet alleen het besluit had ondertekend, maar voordien ook al toestemming had gegeven tot opsporing op basis van een notitie van het onderzoeksteam en het doen uitgaan van een (naar later bleek: onrechtmatig) persbericht. Het CBb verwerpt deze grond onder verwijzing naar de feitelijke omstandigheid dat het besluit was ondertekend door P. Kalbfleisch, terwijl het rapport was ondertekend door W. Kist. Uit de uitspraak van het CBb kan evenwel worden opgemaakt dat ook indien beide documenten waren ondertekend door dezelfde natuurlijke persoon, dit op zichzelf genomen onvoldoende grond vormt om te concluderen tot schending van artikel 54a Mw. Dit laatste is in lijn met de hierboven vermelde uitspraak van het CBb naar aanleiding van een besluit van de STE.

In de onderhavige zaak gaat het niet over functiescheiding op bestuursniveau maar op de niveaus daaronder. De vraag is dan ook wat de onderhavige uitspraak voor dit niveau meebrengt. In zijn uitspraak in de zaak *Car-glass* had het CBb reeds bevestigd dat het de Juridische Dienst vrijstaat om in het kader van de beoordeling van de bezwaren tegen een primair besluit onderzoek te verrichten indien dat onderzoek zich kan beperken 'tot het opnieuw tegen het licht houden van reeds verzameld bewijsmateriaal'.²¹ Dat spreekt eigenlijk voor zich. Doel van de bezwaarfase is namelijk om op basis van de aangevoerde bezwaren het primaire besluit te heroverwegen. Maar ook in de fase van het nemen van het primaire besluit (derhalve de fase nadat het rapport is vastgesteld) bestaan er naar zijn aard geen bezwaren indien de Juridische Dienst het verzamelde bewijsmateriaal opnieuw 'tegen het licht' houdt. Sterker nog: het is juist de taak van de Juridische Dienst om kritisch na te gaan of de in het rapport getrokken conclusies logischerwijs volgen uit het verzamelde bewijsmateriaal.

Maar wat betekent de hierboven besproken uitspraak nu voor de uitoefening van de taken van de Juridische Dienst? In haar persbericht naar aanleiding van de uitspraak²² schrijft de NMa dat de uitspraak meebrengt dat de Juridische Dienst niet zelf nieuwe of aanvullende informatie mag inwinnen die bijdraagt aan de beoordeling of al dan niet sprake is van een overtreding. De NMa haast zich echter daaraan toe te voegen dat de uitspraak slechts beperkte gevolgen zal hebben 'omdat het opvragen van informatie zoals dat in dit geval is gebeurd, geen vaste praktijk is.'

Toch is het de vraag of de NMa de impact van de uitspraak van het CBb niet onderschat.²³ Het is namelijk lang niet altijd duidelijk waar de grens ligt tussen 'het opnieuw tegen het licht houden van reeds verzameld bewijsmateriaal' en het doen van nieuw of aanvullend onderzoek. Het begrip onderzoek is ruim gedefinieerd en omvat alle handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling of al dan niet een overtreding is begaan (art. 1 sub j Mw). Deze ruime definitie doet bijvoorbeeld de vraag rijzen of het de Juridische Dienst is toegestaan – bijvoorbeeld tijdens de hoorzitting die wordt gehouden naar aanleiding van een uitgebracht rapport – aan partijen vragen te stellen over de inhoud en uitleg van reeds eerder verzameld bewijsmateriaal (zoals wanneer bepaalde in het bewijsmateriaal gehanteerde afkortingen of termen niet duidelijk zijn). Dergelijke vragen kunnen soms nodig zijn indien de zienswijzen van partijen een nieuw licht op de feiten werpen. Uit de uitspraak van het CBb lijkt te moeten worden afgeleid dat het de Juridische Dienst niet is toegestaan dergelijke vragen te stellen. In r.o. 5.6 van de uitspraak overweegt het CBb namelijk dat indien de Juridische Dienst

'tot de conclusie komt dat sprake is van een mogelijk alternatieve duiding van de feiten en omstandigheden of van een lacune in het feitensubstraat, [...] de personen die werkzaamheden in verband met artikel 60 e.v. Mw verrichten niet bevoegd zijn hierin te voorzien door het verrichten van nadere onderzoeksactiviteiten, zoals het inwinnen van informatie die nog geen deel uitmaakt van het rapport.'

Een letterlijke lezing van deze overweging brengt mee dat de Juridische Dienst zich bij de afweging of al dan niet sprake is van een overtreding dient te beperken tot de feiten die reeds onderdeel uitmaken van het rapport en derhalve geen vragen kan stellen omtrent de uitleg van bepaalde stukken. Immers, ook de uitleg van reeds aanwezige stukken kwalificeert als 'het inwinnen van informatie'. Vanzelfsprekend moet nog blijken of de soep zo heet wordt gegeten, maar de reactie van de NMa als zou de uitspraak van het CBb slechts beperkte effecten hebben lijkt prematuur.

Bewijsuitsluiting

Opzienbarend aan de uitspraak van het CBb zijn de vergaande consequenties die het College verbindt aan zijn conclusie dat de NMa de verplichting tot functiescheiding heeft geschonden (te weten de uitsluiting van het bewijsmateriaal). Voor zover het CBb het procedureel incorrect vergaarde bewijsmateriaal uitsluit, volgt het de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. In een mooie annotatie bij deze laatstgenoemde uitspraak heeft Molin

18. LJN BT6521. Het CBb hanteert in deze uitspraak overigens ook de term functievermenging.
 19. Art. 54a Mw is eerst op 1 juli 2005 in werking getreden. Aangezien de feiten in het fietsenkartel dateerden van vóór die datum gaat het CBb uit van de voorganger van dit artikel, te weten art. 3 Mw.
 20. Vgl. art. 2:4 Awb.
 21. CBb 17 november 2004, LJN AR6034.
 22. Persbericht NMa d.d. 10 oktober 2011.

23. Zie tevens de ingezonden brief 'NMa treedt onwettig op tegen bedrijven' van D. Boselie in Financieel Dagblad 27 oktober 2010 (p. 6). Boselie is stellig in zijn opvatting dat de praktijk van de NMa in tegenpraak lijkt met de uitspraak van het CBb. De auteur meent dat de Juridische Dienst van de NMa zelf geen onderzoek mag doen maar zich moet beperken tot de constatering of het rapport de conclusie rechtvaardigt dat een overtreding is begaan.

zich kritisch uitgelaten over deze vergaande gevolgtrekking die wordt verbonden aan een – in zijn visie – lichte overtreding.²⁴ Molin wijst er in zijn annotatie op dat de aard van de overtreden norm niet is voorgeschreven door artikel 6 of 8 EVRM en dat uit jurisprudentie van verschillende rechterlijke instanties volgt dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal pas wordt uitgesloten indien (op zijn minst) sprake is van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het CBB overweegt dat het in artikel 54a Mw neergelegde beginsel van functiescheiding van ‘fundamentele betekenis’ is in het licht van het alles-in-één-hand stelsel. Doordat de NMa in strijd met dit gebod heeft gehandeld, heeft de NMa de ‘aan zijn besluitvorming te stellen eisen van objectiviteit en onbevooroordeeldheid’ uit het oog verloren. Dat is een hard oordeel, maar het verklaart vermoedelijk waarom het CBB niet alleen het procedureel incorrect vergaarde bewijsmateriaal buiten beschouwing laat maar oordeelt dat die smet tevens kleeft aan de waardering van het reeds in de onderzoeksfase ten aanzien van ETB Vos (correct) vergaarde bewijsmateriaal.²⁵

Deze conclusie is vergaand maar naar mijn mening ook zuiver. Voor een bestuursorgaan bestaat er namelijk geen (voldoende) prikkel om een procedureel voorschrift na te leven indien aan de niet-naleving van dat voorschrift geen consequenties worden verbonden. Niettemin is de uitspraak opmerkelijk in het licht van de juist zeer pragmatische benadering van het CBB in zijn uitspraak van 2 februari 2010.²⁶ Deze zaak betrof een boetesluit van de OPTA waarin de OPTA had verzuimd om aan Tele2 de cautie te geven. Het CBB verbond aan dit gebrek echter *niet* de conclusie dat het procedureel incorrect verkregen bewijsmateriaal moest worden uitgesloten. Het CBB overwoog juist dat de overtreding reeds kon worden vastgesteld op basis van ander bewijsmateriaal en dat aan het procedureel incorrect verkregen bewijsmateriaal (in casu een brief van Tele2 van 18 mei 2007) niet meer dan slechts ondersteunende betekenis toekwam. Aangezien de overtreding reeds kon worden vastgesteld op basis van ander bewijsmateriaal, viel volgens het CBB ‘niet in te zien dat Tele2 wezenlijk in haar belangen wordt geschaad, indien de brief van Tele2 van 18 mei 2007 in weerwil van het aan de vordering van inlichtingen klevende gebrek in zoverre bijdraagt aan het bewijs van genoemde overtreding.’²⁷ De uitspraak van 2 februari 2010 getuigt als gezegd van een pragmatische benadering door het CBB. Zij doet echter de vraag rijzen of het gebod op functiescheiding nu van zoveel fundamentele betekenis is dan de verplichting tot het verstrekken van de cautie dat in het eerste geval (ook) het procedureel correct vergaarde bewijsmateriaal moet worden uitgesloten en in het twee-

de geval niet. Dit is op zijn minst dubieus. Anders dan het gebod op functiescheiding, is de cautieplicht als tegenhanger van het zwijgrecht in diverse verdragen en wetten stevig verankerd. Het is jammer dat het CBB in zijn uitspraak van 30 augustus jl. niet motiveert waarom het in deze zaak tot een ander oordeel komt dan in zijn uitspraak van 2 februari 2010. Een mogelijke reden is dat in de zaak die ten grondslag lag aan de uitspraak van 2 februari 2010 het procedureel incorrect vergaarde bewijsmateriaal slechts van ondersteunde betekenis was, terwijl – mogelijk – in de zaak die centraal stond in de uitspraak van 30 augustus 2011 het procedureel incorrect vergaarde bewijsmateriaal een belangrijkere rol speelde. Duidelijk wordt dit echter niet. De *ogenschijnlijk* inconsistente benadering door het CBB maakt het voor zowel ondernemingen als bestuursorganen dan ook moeilijk om in zaken waarin het CBB als hoogste rechter opereert, op voorhand in te schatten welke consequenties moeten worden verbonden indien vaststaat dat (een deel van het) bewijsmateriaal procedureel incorrect is vergaard.

Conclusie

In de hierboven besproken uitspraak stelt het CBB grenzen aan het alles-in-één-hand stelsel dat destijds in de Mededingingswet is geïntroduceerd. Het CBB maakt duidelijk dat in procedures die kunnen leiden tot het opleggen van een boete, de Juridische Dienst geen werkzaamheden mag verrichten die kwalificeren als onderzoekshandelingen. De consequenties van de schending van het gebod op functiescheiding zijn ingrijpend. Niet alleen het onrechtmatig maar ook het *rechtmatig* verkregen bewijsmateriaal moet volgens het CBB buiten beschouwing worden gelaten. In het licht van deze verstrekkende consequentie wekt de reactie van de NMa als zou de uitspraak van het CBB voor de praktijk weinig effecten hebben enige verbazing. Duidelijk is wel dat een (voor de NMa) al te welwillende interpretatie van de uitspraak van het CBB aanzienlijke risico's in zich draagt. In veel gevallen zullen ondernemingen er geen belang bij hebben om reeds in een vroeg stadium aan de bel te trekken indien zij menen dat de Juridische Dienst in strijd handelt met de verplichting tot functiescheiding. Ondernemingen zullen namelijk willen voorkomen dat de NMa nog (net) op tijd procedurele fouten vermijdt. Een onderneming heeft er immers belang bij om pas nádat de procedurele fout is gemaakt (dus ten vroegste in bezwaar), aan te voeren dat de NMa in strijd heeft gehandeld met het gebod op functiescheiding. Indien een dergelijk argument slaagt, vervalt namelijk de gehele boete. De NMa zal zich moeten afvragen of zij een dergelijk risico wil lopen.

24. Rb. Rotterdam 28 april 2009, AM 2009/9-10, m.nt. S.C.H. Molin.

25. Op dit punt is het CBB strenger dan de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank oordeelde dat het procedureel correct vergaarde bewijsmateriaal ‘te gering’ was om de overtreding te bewijzen; het CBB sluit het procedureel correct vergaarde bewijsmateriaal geheel uit.

26. CBB 2 januari 2010, LJN BL5463.

27. CBB 2 januari 2010, LJN BL5463, r.o. 5.5.